



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA FALTA DE APLICABILIDAD DE LAS PENAS A LAS PERSONAS JURIDICAS  
EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos  
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados

Profesor Guía  
MSc. Pablo Encalada Hidalgo

Autor  
Luis Alberto Herrera Cela

Año  
2017

## DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los trabajos de Titulación”

---

Pablo Encalada Hidalgo  
Master  
C.C.: 1103857700

## DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los trabajos de Titulación”

---

Marcella Dafonte Carvalho  
PHD  
C.C.: 1103857700

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

---

Luis Alberto Herrera cela  
C.C.: 1720017373

## AGRADECIMIENTO ESPECIAL

“A mis Padres por ser el pilar fundamental, por su apoyo incondicional y por darme lo más valioso en mi vida”.

## DEDICATORIA:

Este tratado lo dedico a mis profesores de la prestigiosa Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas por ser un importante baluarte en mi formación académica.

## RESUMEN

En el Ecuador el Código Orgánico Integral Penal (COIP), establece la responsabilidad de las personas jurídicas, sus penas, medidas cautelares y tipos penales que pueden ser realizados por los entes jurídicos, aunque no establece entre las circunstancias atenuantes del art. 45, ninguna que pudiese ser aplicada para modificar la pena de una persona jurídica, ello no constituye óbice para que también se empiece a aplicar este sistema, con la finalidad de aplacar la correspondiente sanción.

El gran problema es que en la actualidad en el Ecuador, al ser un tema que se ha incorporado a nuestro sistema legal hace poco, no existe un entendimiento del mismo, y una falta de entendimiento de la norma, es por este motivo que el legislador ha dejado un vacío legal o una especie de atadura a la persona jurídica que enmarque su actuación dentro de las penas que establece el COIP en su “Art. 71.- Penas para las personas jurídicas.- Las penas específicas aplicables a las personas jurídicas...”

Si bien es cierto que se establece en el COIP siete tipos de sanciones penales a la persona jurídica, no son aplicables todos sino únicamente las penas más fuertes, ya que dentro del tipo penal de la persona jurídica no cabe muchas de las penas enumeradas en el citado cuerpo legal.

Las personas jurídicas como lo señalamos anteriormente únicamente de Derecho Privado, son en las cuales recaen estas sanciones penales.

## ABSTRACT

In Ecuador, the Comprehensive Criminal Organic Code (COIP) establishes the responsibility of juridical persons, their penalties, precautionary measures and criminal types that can be carried out by legal entities, although it does not establish among the extenuating circumstances of art. 45, which could not be applied to modify the penalty of a legal person, this does not constitute an obstacle to the implementation of this system, with the purpose of appeasing the corresponding sanction.

The big problem is that currently in Ecuador, being an issue that has been incorporated into our legal system recently, there is no understanding of it, and a lack of understanding of the rule, it is for this reason that the legislator Has left a legal vacuum or a kind of tie to the legal entity that frames its action within the penalties established by COIP in its "Art. 71.- Penalties for legal persons.- Specific penalties applicable to legal persons ... "

Although it is true that the COIP establishes seven types of criminal sanctions for the legal entity, not all of them are applicable but only the strongest penalties, since within the criminal type of the legal entity many of the penalties listed in Cited legal body.

Legal entities, as we have previously pointed out only in private law, are those in which these criminal sanctions fall.

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
1. CAPÍTULO I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL COIP .....	2
1.1 Las Teorías de la Atribución de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica. ....	2
1.1.1 El Sistema de Doble Imputación, modelo legislativo Francés: .....	5
1.1.2. El Derecho Penal Administrativo: Modelo Legislativo alemán .....	5
1.1.3 Imposición de Medidas de Seguridad, modelo legislativo español. ....	6
1.2 La responsabilidad Penal de la Persona Jurídica en el Ecuador. ....	6
2. CAPÍTULO II. LAS PENAS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL COIP .....	15
2.1 Análisis de las Penas en el Código Orgánico integral Penal. .	16
2.1.1 Las medidas cautelares aplicables a las personas Jurídicas en el Ecuador.....	21
2.1.2 La aplicabilidad de las penas y medidas cautelares de las Persona Jurídica en el Derecho Societario.....	23
2.2 Disolución, extinción y clausura de una persona Jurídica. ....	28
a) Disolución .....	29
b) Extinción de una sociedad.....	32
c) Clausura de una sociedad (Persona Jurídica) .....	32
3. CONCLUSIONES .....	33
4. REFERENCIAS .....	37

## INTRODUCCIÓN

La exposición de motivos planteados en el seno de la Asamblea, en el nuevo Código Orgánico Integral Penal, han llevado al legislador a introducir en nuestro ordenamiento jurídico la “Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica”.

Es menester formularse nuevos conceptos de acción y culpabilidad en razón “del defecto de organización de la empresa o culpabilidad organizacional.” (Tiedemann, 2010, p. 115).

La amenaza de sanción a la persona jurídica incentiva la prevención de la comisión de delitos por la empresa, además una vez cometido el delito facilita la investigación y castigo a la empresa, y a la persona natural causante del hecho delictivo.

Ahora bien, frente a la imputación o responsabilidad penal de los miembros de la persona jurídica, se nos presenta una problemática, la aplicación del análisis y ponderación de la acción individual per se.

Esto quiere decir que frente a una conducta delictiva, será imputado a la personas jurídica por su falta de organización para prevenir el delito (*compliance programs*), sin embargo esto no implica que se dejará de imputar a la persona física por si conducta ilícita.

En el Ecuador el Código Orgánico Integral Penal (COIP), establece la responsabilidad de las personas jurídicas, sus penas, medidas cautelares y tipos penales que pueden ser realizados por los entes jurídicos, aunque no establece entre las circunstancias atenuantes del art. 45, ninguna que pudiese ser aplicada.

En estricto sentido, contenido y alcance del principio del *societas delinquere potest*, explicando de una manera práctica y ejemplificativa lo que la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario, para determinar la pena de la persona jurídica, en el desarrollo de las actividades empresariales: “el effective

*compliance program*, que en términos más sencillos, es el programa que propicia que las personas jurídicas cuenten con mecanismos de control interno, para detectar y prevenir conductas delictivas.” (Mogro Servet, 2011, p. 1).

De esta forma los socios, accionistas, altos directivos y representantes legales pueden prevenir una sanción a la empresa y mantenerse en buen recaudo, para lo cual deberán desarrollar un *compliance program*, aunque no sea factible establecer medidas concretas de regulación debido a que no pueden existir un panorama detallado para todos los objetos sociales existentes, se partirá de argumentos que permitan reducir los riesgos de criminalidad.

## **1. CAPÍTULO I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL COIP**

### **1.1 Las Teorías de la Atribución de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica.**

El Derecho Penal siempre se ha caracterizado por su inimputabilidad a los entes ficticios, esto implica a la persona jurídica, la voluntad por sí sola, no puede imputársela culpa alguna ni responsabilidad, solo las personas naturales, son capaces de cometer actos bajo los elementos cognitivo y volitivo.

TIEDEMANN dentro de su tratado *“La responsabilità penale delle persone giuridiche e il diritto comparato”* hace una reflexión precisa “(...) es necesario que el Derecho Penal pueda reaccionar también frente a determinados ilícitos de las personas jurídicas. De este modo, la dogmática, desbordada por la realidad, corre el peligro – si no se reacciona con rapidez – de quedarse fuera de juego” (Tiedemann, 2010, p. 116)

En este sentido el legislador en el Código Orgánico Integral Penal, ha tratado de cubrir todas las expectativas de protección a bienes jurídicos vulnerados por las personas jurídicas, creando una estructura normativa para atribuirles la responsabilidad a las personas jurídicas en conductas delictivas.

Según MALAMUD GOTI, “son básicamente dos grupos en que pueden clasificarse la posibilidad de conexión de la persona jurídica con el fenómeno delictivo”. (Malamud Goti, 1981, p. 33)

- a) El primero “el uso de la personalidad societaria constituye una modalidad especial de burlar alguna disposición legal”. (Malamud Goti, 1981, p. 33)

El uso de que la personalidad societaria constituya transgreda las disposiciones legales, para enfrentar estas sociedades creadas para delinquir parece ser suficiente acudir a los instrumentos penales de imputación consagrados en la legislación con el objeto de sancionar a los directores, o a quienes ejerzan la representación legal.

- b) En segundo lugar, La estructura societaria “refleja una organización orientada hacia una actividad permisible como tal y de cuyo ejercicio se derivan una o varias transgresiones que pueden configurar contravenciones o delitos” (Malamud Goti, 1981, p. 33)

Según Silva Sanchez en la empresa

“... nos hallamos ante una estructura organizada, lo que incide de modo determinante en el planteamiento y la resolución del problema de la autoría criminal, se trata efecto, de una organización formal basada, en el plano horizontal, en el principio de división del trabajo, y en el plano vertical, en el principio de jerarquía. Resultado de todo ello es la conformación de ámbitos de competencia diferenciada, que abarca, a su vez, la actuación de diversos sujetos en la escala inmediatamente inferior” (Sanchez, p.1995, p. 368-369)

Por todo esto, cuando una persona jurídica se le reprime su actividad delictiva societaria, imponiéndole penas a las personas individuales, que forman parte de la administración de la sociedad mercantil.

MALAMUD GOTI, “enfatisa por sobre todo, los riesgos de impunidad, y lo hace en los siguientes términos”:

“La descentralización de las decisiones, característica organizativa de la empresa actual”. En efecto se produce un desplazamiento de la responsabilidad hacia los sectores inferiores del organigrama, ya que solo ellos llevan a cabo por si mismos la conducta típica. Y este desplazamiento tiene como efecto un notorio menoscabo de la eficacia preventiva de la norma penal, cuyos márgenes de intervención se reducen en un doble sentido: hacia arriba, porque los directores no realizaron el hecho típico; hacia abajo, porque los ejecutores materiales quedarán frecuentemente al abrigo de la condena, dada la confluencia de factores diversos, como son el desconocimiento de las consecuencias de su propio modo de actuación – fruto de la división del trabajo de la parcelación de la información de la empresa”. (Malamud Goti, 1995, p. 39)

Los criterios en una asociación de división del trabajo y de delegación de funciones dentro de una organización societaria, se convierten en causa de impunidad ya que es difícil probar el grado de responsabilidad, bajo el criterio de que la persona jurídica desde su concepción es una agrupación destinada a realizar actividades lícitas, la cual se encuentra expuesta a cometer comportamientos delictivos. Dentro de esta división es difícil imputar a un alto directivo por un comportamiento realizado en el seno de la directiva y ejecutado por los empleados, por lo cual se fracciona la responsabilidad al ser realizada por diversas personas, y que no pueda atribuirse e acto mediante el cual se transgredió la norma, porque no se encuentra tipificada su punibilidad.

Estos problemas en el cual es difícil establecer la responsabilidad dentro de una persona jurídica se establece el doble sistema de imputación, en el cual existe imputación cuando se produce un hecho delictivo realizado por la entidad societaria, la primera directamente a la persona jurídica, y la segunda la atribución tradicional a las personas naturales.

### **1.1.1 El Sistema de Doble Imputación, modelo legislativo**

#### **Francés:**

No es el único que se registra en las legislaciones del ámbito jurídico continental del viejo continente pero que mantiene algunos parámetros similares en los mismos, los delitos pueden ser cometidos por personas físicas o jurídicas. “En el caso de un delito cometido por una persona jurídica pueden ser perseguidos y sancionados: 1) La empresa, o 2) La persona que haya realizado el delito, así como las personas que haya favorecido de la comisión del mismo, o 3) cualquiera de los sujetos a la vez” (Bacigalupo, 1998, p. 322-325)

Las características de este modelo legislativo podemos decir que la responsabilidad es: a) Acumulativa, b) Especial y c) Condicionada.

Es Acumulativa ya que tanto la persona jurídica como las personas físicas tienen responsabilidad, sea en carácter de autor o cómplice.

Es Especial ya que debe estar expresamente escrita en la ley, para el caso de delitos o en el reglamento cuando se trate de contravenciones.

Y es condicionada a un doble requisito: que sea cometida por un órgano o representante de la persona moral y haber sido hecha a su cuenta.

El primer requisito considera que debe haber sido realizada por un órgano o representante de la persona jurídica.

El segundo requisito es que la persona jurídica haya obtenido un beneficio para si misma.

### **1.1.2. El Derecho Penal Administrativo: Modelo Legislativo alemán**

El Derecho penal vigente establece que no es posible la penalidad de las personas jurídicas, se ha inclinado por negarles capacidad de acción de estas.

Según Maurach “no existe la posibilidad de un delito corporativo, sino que se trata de calidad fingida de autor, el autor natural no calificado de un delito

especial le son atribuidas, bajo determinados presupuestos, calificaciones que debe reunir la asociación representada por él. El modelo alemán se ha caracterizado por prever sanciones penal administrativa contra la persona jurídica. En Alemania la responsabilidad de las sociedades responde a un sistema estructurado, con el cual existe imposibilidad de sancionar a la empresa como tal. La posibilidad de imponer multas a las personas jurídicas o uniones personales cuando sus órganos o representantes, mediante la realización de comportamientos delictivos dentro de la empresa o relacionados con ella o cuando se han obtenido o intentado su enriquecimiento”. (Maurach, 1995, p.238-239)

### ***1.1.3 Imposición de Medidas de Seguridad, modelo legislativo español.***

El código español también tipifica la responsabilidad de las empresas, en el modelo español se ha precisado manteniendo fija la estructura del delito.

“Las medidas de seguridad no se podrán imponer sino a quinees han ejecutado un hecho previsto como delito, cuya comisión revela la peligrosidad del autor, se establecen medidas de seguridad especialmente previstas para las personas jurídicas, asociaciones, empresas sociedades, a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieron en el ejercicio de sus actividades sociales o aprovechándose de la situación de tales entes”. (Fernández, 1981, p. 76)

## **1.2 La responsabilidad Penal de la Persona Jurídica en el Ecuador.**

El presente trabajo de investigación denominado “La falta de aplicabilidad de la penas de la persona jurídica en el Código Orgánico Integral Penal está dirigido a investigar la normativa penal en relación a la responsabilidad de las personas jurídicas que ha sido tipificada en el Código Orgánico Integral Penal determinadas en el Art. 49, las penas en el art. 71 y las medidas cautelares en el art. 550, es decir se instituyo y tipificó la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La pena en el Ecuador puede llegar hasta la disolución y liquidación, es decir la extinción de la persona jurídica, en nuestra constitución en el Art. 66 se manifiesta que se reconoce y garantizará a las personas “El derecho a la inviolabilidad de la vida “No habrá pena de muerte”, por lo cual esta pena es inconstitucional.

La finalidad de la pena es resarcir un daño, ya sea esta preventiva, retributiva, enmendadora, protectora y resocializadora, por lo cual al disolver o liquidar una persona jurídica no se está resarciendo el daño que esta haya causado.

La teoría Alemana dice: “ La pena debe ser medida de tal modo que se garantice su función compensadora en cuanto al contenido de injusto y de la culpabilidad, y a la vez, posibilite, por lo menos, el cumplimiento de la tarea resocializadora para con el autor” (Ziffer,1996, p.46)

De acuerdo al análisis del autor la extinción y liquidación de la persona jurídica por la vía penal, es inaplicable ya que de acuerdo a la teoría resocializadora no se encuentra reinsertándola a la sociedad.

### **1.2.1 Antecedentes**

El Código Orgánico Integral Penal (COIP), fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial 180, del lunes 10 de febrero de 2014, que rige en su totalidad, desde el 10 de Agosto, en la cual dentro de sus innovaciones regula la responsabilidad penal de las empresas.

En el Art. 49 referente a la “Responsabilidad de las personas jurídicas, peligrosamente se estaría dejando un amplio margen de aplicación.

“Art. 49.- en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o

convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión ejecutivos principales o quienes cumplen actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas”.

Por lo cual una fundación o corporación (personas jurídicas sin fines de lucro), o una compañía (persona jurídica con fines de lucro), pueden ser responsables por cualquier delito que se encuentre tipificado en el Código.

- a) Generar beneficio propio a la persona jurídica o sus asociados, cuando el delito tenga esta finalidad, si el delito genera un beneficio a un tercero ajeno a la persona jurídica se exime de responsabilidad, de acuerdo a lo establecido en el inciso tercero del art. 49 del COIP.
- b) Cuando el delito proviene de una acción u omisión de personas naturales enunciadas en el Art. 49 del COIP:
  - 1) Los dueños de la empresa
  - 2) Los ejecutivos principales que tienen cargos de administración.
  - 3) Los representantes legales, apoderados y mandatarios.
  - 4) Los agentes.
  - 5) Operadores de la empresa.
  - 6) Los delegados
  - 7) Los terceros que por contrato y sin contrato, están dentro de cualquier actividad de gestión
  - 8) Cualquier persona que actúa bajo órdenes o instrucciones de los antes citados.

“No se puede perder de vista, que nuestra norma estipula ya con total claridad el principio de la Responsabilidad Dual que quiere decir que en todas las circunstancias descritas, la responsabilidad penal que, en inicio, recaería sobre una persona natural perfectamente individualizada,

se aplicará también la pena correspondiente a las personas jurídicas de Derecho privado, siempre y cuando se determine que de la conducta del individuo, se deriva un beneficio a la empresa o a sus socios”. (Araujo, 2014, p. 76)

Por lo cual se deberá tener un nivel de vigilancia y control respecto de la conducta de todos quienes forman parte de la empresa, hasta con las personas que se contratan servicios y personal de apoyo de los mismos.

En este sentido, en el segundo inciso del Art. 49 señala “La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la misión del delito”.

Por lo cual hay que establecer la diferencia entre persona natural y jurídica:

Una persona natural es una persona humana que tiene derechos y cumple obligaciones a título personal.

Una persona jurídica es un ente ficticio, que se constituye por personas naturales. La cual se encuentra representada por personas naturales, las cuales constituyen deudas y obligaciones a nombre de la persona jurídica. La persona jurídica puede ser formada por una o más personas naturales o jurídicas.

Una persona jurídica se le atribuye capacidad jurídica para que puede realizar actos de comercio, tener patrimonio, recibir donaciones entre otras. Capaz de ejercer derechos y obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Según (Zugaldía Espinar, 2013, p.16), señala:

- a) Las personas jurídicas sí son susceptibles de someterse al principio de acción, ya que son destinatarias de normas jurídicas y capaces de producir efectos contenidos en la misma normativa, por lo tanto son

sujetos activos de un ilícito penal, ya que pueden celebrar contratos o adoptar acuerdos.

- b) Cabe también hablar de culpabilidad empresarial, bajo el esquema ya referido del profesor Tiedmman y el defecto de organización, que no es otra cosa que la imputación por el aumento del riesgo de la actividad de la empresa, es decir la responsabilidad integral de la persona jurídica.

En conclusión, estamos expuestos a acciones empresariales que atentan contra bienes jurídicos, y que la persona jurídica por sí misma es la que aparece como fuente de peligro para el orden económico social.

### **1.2.2. Imputación y sanción a la Persona Jurídica**

Es necesario que nos refiramos a la culpabilidad y la adecuación de su conducta a una tipología concreta, según el profesor Zugaldia, dice "...que debemos de tener presente que las personas jurídicas responderán dentro del grupo de conductas contrarias a un bien jurídico supraindividual, asumiendo así la base que sustenta los criterios normativos de su imputación". (Zugaldia, 2013 p. 115)

1. Vertiente objetiva: La existencia de una o varias personas físicas competentes y que forman parte de un órgano social y que, siendo su directivo o uno de sus subordinados, lleva o llevan adelante una conducta que se adecua a una determinada tipología.
  - 1.1. Las personas físicas que intervienen deben estar vinculadas a la persona jurídica, sin que tenga relevancia si están o no en la cúspide, sino lo que se va a probar es su culpabilidad individual.
  - 1.2. Deben estar infringiendo los deberes que les compete en cada una de sus funciones.

- 1.3. La empresa debe ser cuidadosa y vigila el actuar de sus dependientes en el ejercicio de sus actividades sociales, es decir con el tipo de tareas para lo cual fue constituida.
  - 1.4. Deben actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica y por sobre todo, en interés de la misma empresa, en el sentido de que la actividad delictiva facilite de algún modo el funcionamiento de la persona jurídica o la consecución de su objeto social.
2. Vertiente Subjetiva: “Se deberá comprobar también que el hecho delictivo se pueda imputar a la persona jurídica sobre la base de su propia culpabilidad, sobre la base de infracción por parte de este, del deber que le compete de garantizar un desarrollo lícito de su actividad”.  
(Araujo, 2014, p. 84.)

Zugaldia dice que dentro de la vertiente subjetiva del tipo penal, se partirá del hecho de que la empresa no ejerció el debido control, elemento común que será aplicable en dos vías: tanto en los casos en los que el hecho delictivo lo lleva adelante un empleado, como aquellos en los que el hecho lo realiza una persona que ostenta en la persona jurídica un poder de representación o de dirección, dado que estos últimos también se someten al debido control. (Zugaldia, 2013, p. 17)

Siendo entonces la omisión de un buen gobierno corporativo la directriz que sustenta la aplicación del poder punitivo a las empresas, las cuales serían causas de imposibilidad de un reproche.

Por lo cual tener un adecuado y limitado establecimiento de la responsabilidad penal empresarial, es que los socios y a la cúpula empresarial tengan una apropiada gestión social, es decir una prevención de los hechos delictivos.

Nuestro País no se encuentra preparado para un sistema de imputación empresarial, ya que no se contempla una adecuada estructuración de control y contención delictiva (es la norma interna preventiva o códigos de

prevención), ya que en nuestro Código Integral Penal en el art. 45 inciso 6 se contempla como atenuante y que podría ser alegado, en lo que respecta a la colaboración directa y eficaz por parte de las autoridades de la empresa, para la investigación de la infracción.

### **1.2.3. La responsabilidad penal de los administradores y representantes de la empresa.**

La moderna actividad empresarial se lleva a cabo de acuerdo a los principios de especialización del trabajo, y de jerarquía:

“un proceso productivo – la comercialización y producción de un producto tiene lugar mediante la realización de una serie de acciones de diferente naturaleza, realizada cada una de ellas por un individuo, conforme a un plan común y bajo la dirección de otros individuos, que idean el plan de actuación general, fijan la calidad y cantidad de la contribución de cada uno de los restantes intervinientes y determinan los flujos de información y de materiales entre todos ellos a fin de lograr la consecución del objetivo final” (Paredes, 1996, p. 293)

En cuanto a la actividad delictiva de los miembros de una empresa, se determinan cuando existen autorías dentro de la empresa, pues con frecuencia unos ocultan a otros datos relevantes, o falsos, y esto genera un problema en la actuación de la empresa para el Derecho penal, y es que los elementos para poder sancionar se escinden a menudo, y con ellos se encuentra repartida la responsabilidad en algunos intervinientes, y por esto es difícil encontrar quien es el autor, “Pues para ser autor de un delito es preciso que el sujeto haya realizado el mismo la totalidad de los elementos del tipo (la acción típica), bien sea de propia mano, o bien porque tiene el dominio del hecho” (Cerezo, p.213)

Por lo cual cada uno de los intervinientes tiene responsabilidad objetiva o subjetiva, por ejemplo

“En el caso de defraudación tributaria, el acto de presentación de la declaración tributaria objetivamente falsa es, precisamente, el acto ejecutivo típico del delito, pero el gerente de la empresa, es a quien le es

imputable el contenido de la declaración en el derecho tributario, no puede ser autor del delito porque le falta el dolo. El jefe comercial y el asesor fiscal si tiene voluntad de defraudación tributaria (dolo), los actos concretos que han realizado no son subsumibles en el tipo objetivo del delito de defraudación tributaria, pues la adquisición de facturas ficticias y el hecho mismo de complementar técnica y materialmente una declaración tributaria, son actos integrantes de la acción” (Gracia, 1990, p. 219)

“La actuación objetiva y subjetiva de los intervinientes en un hecho, que tenga sentido contrario al del ejemplo, es decir que el superior jerárquico sea quien actúa con la voluntad de cometer el delito (con dolo), pero los actos objetivos que realizada no tiene carácter típico, y viceversa que los inferiores que sí realizan actos subsumibles en el tipo objetivo, ignoren que con los mismos contribuyen a la realización de un hecho delictivo, con lo cual les falta el dolo” (Gracia, 1990, p. 219)

En conclusión los superiores dentro de una empresa son responsables por los hechos cometidos por subordinados a título de comisión por omisión, por lo cual el superior al no tener conocimiento de la realización del hecho por sus subordinados, por lo cual tendrá la capacidad de acción y entonces no abra realizado ninguna omisión. “La comisión por omisión no resuelve los casos realmente problemáticos, que no son otros que aquellos en que son precisamente los superiores jerárquicos quienes planean y controlan de una modo positivo la actuación delictiva de la empresa”. (Gracia, 1990, p. 219)

La responsabilidad por los hechos cometidos dentro de una organización empresarial con división del trabajo y controlada jerárquicamente, tiene que llegar a identificar al actor físico y los mandos que tengan el dominio del hecho, ya que los subordinados son meros instrumentos para la realización de la actividad delictiva empresarial, ya que los superiores tienen el dominio del hecho, por eso los superiores serán la mayor parte de las veces autores mediatos del delito empresarial.

### **1.2.3.1 Autoría de personas físicas en los delitos empresariales**

Cuando dentro de una organización empresarial colectiva, existe la problemática de identificar al autor material, una vez que se ha identificado a uno o varios sujetos que, por haber realizado ellos mismos todos los elementos del tipo o por tener el dominio del hecho, podrían ser calificados como autores directos o mediatos del delito. Según Bacigalupo sobre “la representación, por tanto, convierte al representante en destinatario de las normas especiales que incumben a las personas representadas, con base en que los elementos de la representación se transmiten al representante por defecto”. (Bacigalupo, 1985, p.316)

“La fórmula de la representación fracasa ante importantes constelaciones de casos de actuación para una empresa en relación con los delitos especiales. Se trata de supuestos en que no se cumplen la condición de que el elemento de la autoría que falta en el representante concorra precisamente en la persona jurídica a la que representa, o visto de otro modo, de casos en que entre el que ha realizado el hecho y la persona jurídica en la que concurre formalmente el elemento de la autoría no existe vinculo representativo alguno. (Gracia, 1990, p. 119).

### **1.2.3.2 El empresario y la participación en el derecho penal.**

La imputación penal a la persona jurídica como ente de comercio constituye un tema fundamental del Derecho penal desde que se implementó en el Código Orgánico Integral Penal la responsabilidad penal a las empresas, los delitos cometidos dentro de la empresa, se refieren a los delitos cometidos internamente en una empresa, unos órganos con otros y los delitos cometidos desde la empresa, que son el estudio de nuestro tema abarcan que la empresa realiza como sujeto participante en el sistema económico y social.

En los delitos cometidos dentro de la empresa, el perjuicio por conductas internas se ve afectado el propio sistema empresarial y las personas individuales que operen dentro de la estructura de la empresa, empleados, operadores, directores etc.

Los delitos cometidos desde la empresa. La determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica y la responsabilidad penal de sus integrantes, por la cual también responden penalmente por la realización de un delito cometido en beneficio de la persona jurídica, parten fundamentalmente de la responsabilidad penal de los miembros de la empresa, de una acción individual, cometida por uno de los integrantes e la empresa.

“La imputación penal partiría ubicando a la persona individual que ha producido directamente el resultado lesivo penalmente relevante, para luego ir subiendo la imputación penal hasta alcanzar a los otros miembros” (Ziffer, 1996, p. 59)

La doctrina ha recurrido a técnicas de tipificación como los delitos de peligro abstractos y culposos

- a) Los delitos abstractos, donde se puede identificar el miembro de la empresa que ha realizado la actividad delictiva.
- b) Los delitos culposos, son los delitos cometidos por miembros de la empresa, responderán no solo por los delitos culposos sino también por no tener el necesario cuidado de prevención.

## **2. CAPÍTULO II. LAS PENAS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL COIP**

En el artículo 71 de nuestro Código Integral Penal establece las penas aplicables a las personas jurídicas, las varias tipologías de la responsabilidad penal a la persona jurídica como la individual, las mismas que no se ha construido en base a una adecuada proporcionalidad y que dentro del mismo Código no se ha considerado todas las penas en especial las menos graves.

Los tipos penales, multas, clausuras temporales o definitivas y, solo en el caso de daños ambientales se ordena la reparación integral del daño causado como se establece en el Art. 71 del Código Orgánico integral Penal.

“Art. 71.- Penas para las personas jurídicas.- Las penas específicas aplicables a las personas jurídicas, son las siguientes:

1. Multa.
2. Comiso penal. Los actos y contratos existentes, relativos a los bienes objeto de comiso penal cesan de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, que se reconocen, liquidan y pagan a la brevedad posible, quienes deberán hacer valer sus derechos ante la o el mismo juzgador de la causa penal. Los bienes declarados de origen ilícito no son susceptibles de protección de ningún régimen patrimonial.
3. Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos, en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado.
4. Realizar actividades en beneficio de la comunidad sujetas a seguimiento y evaluación judicial.
5. Remediación integral de los daños ambientales causados.
6. Disolución de la persona jurídica, ordenado por la o el juzgador, en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo del respectivo ente público de control. En este caso, no habrá lugar a ninguna modalidad de recontratación o de reactivación de la persona jurídica.
7. Prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción.” (Código Orgánico Integral Penal)

## **2.1 Análisis de las Penas en el Código Orgánico integral Penal.**

Al igual que la atribución de los delitos para las personas jurídicas es distinta que de las personas naturales, las sanciones también van hacer distintas, al

ser personas ficticias, no se pueden aplicar penas privativas de la libertad, es por esta razón que el legislador, ha previsto penas específicas y que le serán aplicables de acuerdo a la gravedad del delito

El profesor Adrián Nieto Martín, en su modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, elaboró la propuesta esquemática la cual vamos a tomar en cuenta como eje referencial.

- a) La primera sanción que establece la norma es la multa, una sanción de tipo pecuniaria. “Pena pecuniaria que se impone por una falta delictiva, administrativa o de policía o por incumplimiento contractual...” (Cabanellas, 2008, p. 281)

Nuestro legislador ponderó la gravedad de afectación en razón del bien jurídico penalmente tutelado; la teoría de la pena en el ámbito empresarial, según M. Paulina Araujo, “no solo exige el requisito de establecimiento del monto de la multa, sino que además, sería interesante y ante todo justo, ponderar el volumen de negocios de la persona jurídica en el año en el cual se verifica la conducta punible”. (Araujo, 2104, p.91)

- b) En lo que respecta al comiso penal, nuestra norma penal no establece como deberán proceder los terceros de buena fe, visto como una pena, recaerá sobre las cosas que fueron objeto de la infracción o sobre las que han servido o han sido destinadas para cometerla. “Otro error al que nos expondremos y que deriva de la pena del comiso de bienes, es que los mismos, pasan a formar parte de los bienes del Estado bajo la declaratoria de su origen ilícito” (Araujo, 2014, p.100)

Por su parte el tratadista Guillermo Cabanellas define al comiso:

“Confiscación de carácter especial, de una o varias cosas determinadas. Sirve para designar la pena en la que incurre quien comercia con géneros prohibidos, de pérdida de la mercadería.

Perdida que, cuando se estipula tal sanción sufre quien incumple un contrato. Cosa decomisada o caída den comiso pactado".  
(Cabanellas, 2008, p. 12)

- c) La clausura temporal o definitiva de locales o establecimientos de la empresa en donde se haya cometido el delito, cuya finalidad es la de prevenir la comisión de nuevos hechos delictivos, sanción que deberá corresponder a tipologías de considerable gravedad.

Nuestro Código no establece un mecanismo de control de una persona jurídica que ha sido clausurada temporalmente, ni el mecanismo que se deberá adoptar, una vez dada la reapertura del establecimiento clausurado temporalmente.

La clausura definitiva, extinción o disolución de la persona jurídica, nuestro código no establece la diferencia entre las tres de una clausura de un establecimiento o del total de la empresa.

- d) La realización de actividades en beneficio de la comunidad, actividades que según la norma, estarán sujetas a seguimiento y evaluación judicial. Ahora bien los jueces penales, deberán velar el cumplimiento de las penas impuestas a las personas natural, lo que deja un vacío normativo en relación a la responsabilidad de la persona jurídica.

Esta sanción que es la más interesante ya que es un fin práctico y les obliga a las empresas a un compromiso social, pero que no consta como parte integrante de las tipologías que estipulan responsabilidad de las personas jurídicas, por lo cual se cree que se podrá utilizar como una pena accesoria, a criterio de la autoridad jurisdiccional, y según la gravedad de la conducta delictiva.

- e) La remediación integral de los daños ambientales causados, es otra de las que se podría imponer a las personas jurídicas, pero en nuestro Código solo se habla de delitos vinculados a daños al medio ambiente. Esta limitación de la reparación integral del daño a un solo grupo de conductas delictivas es un error legislativo grave, más aun cuando todo

el propio código orgánico dedica toda una sección para la reparación de las víctimas.

“Art. 77.- Reparación integral de los daños.- La reparación integral radicarán en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado.

La restitución integral constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido”.

Si bien el medio ambiente requiere una tutela especial, no deben tener un tratamiento diverso, a que pueden incurrir en una arbitrariedad legislativa, al trastocar el sentido de proporcionalidad penal, ya que podemos incurrir o transgredir el principio de legalidad que rige todo sistema penal en un Estado de Derecho, las cuales se establecen en el Art. 78 del COIP, mecanismos de reparación integral, las mismas que solo se aplicarán a delitos ambientales.

“Art. 78.- Mecanismos de reparación integral.- Las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son:

1. La restitución: se aplica a casos relacionados con el restablecimiento de la libertad, de la vida familiar, de la ciudadanía o de la nacionalidad, el retorno al país de residencia anterior, la recuperación del empleo o de la propiedad así como al restablecimiento de los derechos políticos.

2. La rehabilitación: se orienta a la recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica así como a garantizar

la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para esos fines.

3. Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente.

4. Las medidas de satisfacción o simbólicas: se refieren a la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica.

5. Las garantías de no repetición: se orientan a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas. Se identifican con la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión de nuevos delitos del mismo género.”

Esta norma no nos permite concluir de qué forma se van a reparar los daños en caso de delitos ambientales, lo novedoso es que el estado sea sujeto generador de perjuicio y por lo tanto se le considere como agente, cuando el Art. 49, limita la responsabilidad solo a la personas jurídicas de derecho privado.

- f) “Disolución de la persona jurídica, ordenado por la o el juzgador, en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo del respectivo ente público de control. En este caso, no habrá lugar a ninguna modalidad de recontractación o de reactivación de la persona jurídica”. (COIP, 2014)

Sin duda este inciso es uno de los más controvertidos ya que no existe claridad en lo que el legislador estableció al redactar la norma, lo cual es bastante preocupante, dado que es la pena más grave, ya que no podemos establecer si se habla solo de empresas extranjeras, y de ser el caso que pasa con las nacionales.

- g) La última sanción es la prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, está por demás de decir que esta norma se direcciona tan solo a proteger el normal desarrollo del órgano estatal, y estaría desprotegiendo las relaciones económicas entre particulares.

Si a una empresa se le impide contratar con el estado del mismo modo se le debería impedir contratar con cualquier tipo de empresa o persona natural, ya que estas también podrían tener afectación de sus legítimos intereses.

Según el profesor Nieto no tendría sentido imponer, varias multas o varias penas cuando diversos comportamientos delictivos son la expresión de un mismo defecto organizacional.

### **2.1.1 Las medidas cautelares aplicables a las personas Jurídicas en el Ecuador.**

Otro de los temas que prevé nuestro código orgánico integral penal, es la posibilidad del que el juez de garantías penales dicte medidas cautelares en contra de las personas jurídicas, el mismo que establece un régimen específico de medidas cautelares en contra de las personas jurídicas, que se pueden ordenar en contra de las personas jurídicas.

Las medidas cautelares para una empresa serán:

“Art. 550.- Medidas cautelares para personas jurídicas.- La o el juzgador podrá ordenar una o varias de las siguientes medidas cautelares:

1. Clausura provisional de locales o establecimientos.
2. Suspensión temporal de actividades de la persona jurídica.
3. Intervención por parte del ente público de control competente.

La intervención se podrá suspender previo informe del interventor.

La medida cautelar dispuesta por el juzgador tendrá prelación frente a cualquier otro procedimiento administrativo, aún si este último, se inició con anterioridad a la providencia judicial.

1. La clausura provisional de un local o establecimiento, se encuentra también tipificada en el artículo 71, inciso 3, del código orgánico integral penal. Cuando se habla clausura como pena esta puede ser temporal, mientras que la clausura como medida cautelar es provisional, esta diferencia que hace nuestro legislador crea una confusión al ser sinónimos temporal y provisional por lo cual sería una pena propiamente dicha.

Según M. Araujo en la práctica procesal penal:

“será de imperiosa necesidad, una vez que se denuncia a una persona natural en concurrencia con la actividad empresarial, propiciar que no se impongan medidas cautelares al ente ficto (en tal caso requerir que se aplique la tercera medida referente a la intervención); caso contrario nos podríamos enfrentar a una inestabilidad económica de la persona jurídica que incluso puede reputar pérdidas económicas importante, que podrían obligar a su cierre y la consecuente afectación a sus trabajadores” (Araujo, 2014, p. 103)

2. La suspensión temporal de actividades de la persona jurídica, no implica ninguna pena, finalmente el Art. 554 del Código Integral Penal señala que todas las medidas cautelares de carácter real, como son previstas en el Art. 549, comprenden bienes por valores suficientes para garantizar las obligaciones de las personas procesada, los mismos que serán figados en

equidad por el juez, al momento que se ordene la respectiva medida, norma que también es aplicable a las personas jurídicas.

3.- Aunque la tercera medida cautelar es la menos lesiva, la intervención por parte de un ente público, pues la norma confunde las potestades de policía, a la de administrativos sancionatorios, con la imposición de una medida cautelar de carácter punitivo.

Es impertinente ya que esta medida cautelar pues al ser de carácter provisional, no establece si el juez de garantías penales, llega a levantar la medida cautelar, pero el órgano administrativo ha sancionado a la persona jurídica, por lo cual se genera una incongruencia ya que dentro de un proceso penal se habrá impuesto una sanción administrativa.

En el evento de que la sanción interpuesta por el ente administrativo sea más grave que la interpuesta por el juez de garantías penales, por lo que al dictarse sentencia en un proceso penal la pena habrá sido interpuesta y cumplida por efecto de un procedimiento administrativo sancionatorio.

### **2.1.2 La aplicabilidad de las penas y medidas cautelares de las Persona Jurídica en el Derecho Societario.**

1.- La pena señalada en el inciso sexto del Art. 71 de las Penas a la persona jurídica en el Código Orgánico Integral Penal, de la Disolución de la persona jurídica, ordenada por la o el juzgador.

Como lo señala la norma, podrá el juzgador establecer la disolución y liquidación de la persona jurídica de acuerdo con el procedimiento determinado en la Ley de Compañías, así como se establece la prohibición de la reactivación de la misma o alguna modalidad de recontratación para que vuelva a operar dentro del territorio nacional, la sanción aplicara tanto para las personas jurídicas nacionales como las sucursales de compañías extranjeras.

La ley de compañías no señala una definición de las sociedades, es por ello que es necesario acudir a la doctrina para definir este término en el campo societario.

Según Cabanellas “La disolución es el término de una relación contractual, especialmente cuando no se debe al cumplimiento del fin o del plazo” (Cabanellas, 2008, p. 68), la disolución es el término de un contrato, son los actos o hechos que marcan el fin de la plenitud jurídica de la compañía, con el cual se inicia y determinan la iniciación de un proceso liquidatorio. Así mismo señala el tratadista Joaquín Garrigues “Que las causas de disolución son supuestos jurídicos de la extinción del ente societario, de tal forma que la presencia de uno de ellos da derecho a los socios o accionistas para exigir la liquidación de la sociedad” (Garrigues, 1987, p. 584).

Según lo dispuesto en la ley de Compañías, las sociedades en el Ecuador se extinguen: Por decisión Voluntaria de los socios, por causas estatutarias, por causas legales o disolución de pleno derecho, disolución por parte de la Superintendencia de compañías, por causales especiales determinadas en la ley, siendo la disolución dispuesta por el Código Orgánico Integral Penal una nueva forma de disolución que estaría dentro de las causales especiales determinadas en la ley de compañías

(Ley de Compañías, 2014) “Art. 361.- Las compañías se disuelven:

1. Por vencimiento del plazo de duración fijado en el contrato social;
2. Por traslado del domicilio principal a país extranjero;
3. Por auto de quiebra de la compañía, legalmente ejecutoriado;
4. Por acuerdo de los socios, tomado de conformidad con la Ley y el contrato social;
5. Por conclusión de las actividades para las cuales se formaron o por imposibilidad manifiesta de cumplir el fin social;

6. Por pérdidas del cincuenta por ciento o más del capital social o, cuando se trate de compañías de responsabilidad limitada, anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, por pérdida del total de las reservas y de la mitad o más del capital;

7. Por fusión a la que se refieren los artículos 337 y siguientes;

8. Por reducción del número de socios o accionistas del mínimo legal establecido, siempre que no se incorpore otro socio a formar parte de la compañía en el plazo de seis meses, a partir de cuyo vencimiento, si no se hubiere cubierto el mínimo legal, el socio o accionista que quedare empezará a ser solidariamente responsable por las obligaciones sociales contraídas desde entonces, hasta la publicación de la correspondiente declaratoria de disolución;

9. Por incumplimiento, durante cinco años, de lo dispuesto por el artículo 20 de esta Ley;

10. Por no elevar el capital social a los mínimos establecidos en la Ley;

11. Por inobservancia o violación de la Ley, de sus reglamentos o de los estatutos de la compañía, que atenten contra su normal funcionamiento o causen graves perjuicios a los intereses de los socios, accionistas o terceros;

12. Por obstaculizar o dificultar la labor de control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías y Valores o por incumplimiento de las resoluciones que ella expida; y,

13. Por cualquier otra causa determinada en la Ley o en el contrato social”.

2.- En el caso de las medidas cautelares la tercera medida cautelar señalada en el Art. 550 inciso 3 de nuestro Código Orgánico Integral Penal, “Intervención por parte del ente público de control competente”, genera cuestionamientos, ya

que confunde las potestades que tiene el órgano Administrativo sancionatorio, con la imposición de una medida cautelar de carácter punitivo.

Según la tratadista M. Paulina Araujo señala al respecto “téngase presente que un órgano público de control como ocurre, generalmente con la Contraloría General del Estado, las superintendencias y, en materia ambiental, el ministerio del ambiente, inicia un procedimiento administrativo de control cuando el ente sujeto a su jurisdicción incurre en una falta administrativa prevista en una ley, es decir, cuando existe cuada previa para aquello y, si luego de culminar dicho procedimiento encuentra mérito, lo debería sancionar”, (Araujo, 2014, p. 103)

“En tal virtud, no solo ordena como medida cautelar, la intervención de un organismo de control sobre la persona jurídica, sino que está invadiendo la esfera del Derecho Administrativo sancionatorio, sino que además hace que un órgano publico actúe sin tener competencia para aquello, pues no existe norma que señale que la imposición de una medida cautelar dentro de un proceso penal sea causal para activar un procedimiento administrativo, mucho menos la Constitución o la ley han dado competencia a dicho organismo para actuar bajo los parámetros anotaros”. (Araujo, 2014, p. 104)

Con esta disposición se estaría vulnerando los Art. 82 y 226 de la Constitución, el derecho a la seguridad jurídica y se inobservaría lo relativo al principio de legalidad.

Se debe tener en cuenta que esta medida genera un conflicto legal, al inmiscuir al órgano administrativo como interviniente, que pasaría si el juez de garantías penales levanta, deja sin efecto la medida cautelar, pero el órgano administrativo ya ha sancionado a la persona jurídica, por lo cual generaría un daño irreparable a la persona jurídica, la norma no establece este caso que se tendrá que subsanar con jurisprudencia.

Se generaría un Conflicto de Leyes, una confusión entre el Derecho penal y Derecho Administrativo sancionatorio, la norma señala que el orden de intervención tiene prelación sobre cualquier otro procedimiento administrativo

iniciado, incluso con anterioridad a la vigencia de la medida, en el caso de que el órgano de control ha iniciado un proceso administrativo, lo habrá hecho por existir causa para aquello, que será ajena del derecho penal, por lo que resulta incomprensible que se invada el ejercicio de competencias.

En materia societaria, la ley de Compañías señala en qué casos procede la intervención del ente de control que es la Superintendencia de compañías y valores, y no se establece que el organismo pueda hacer uso de esa facultad porque así lo ordena el juez.

“Ley de Compañías.- Art. 354.- Tratándose de una compañía sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías y Valores ésta podrá declarar a la misma en estado de intervención y designará uno o más interventores para aquella, solamente en los siguientes casos:

1. Si lo solicitare uno o más accionistas o socios que representen cuando menos el diez por ciento del capital pagado de la compañía, manifestando que han sufrido o se hallan en riesgo de sufrir grave perjuicio por incumplimiento o violación de la Ley, sus reglamentos o el estatuto de la compañía, en que hubieren incurrido ésta o sus administradores.

El o los peticionarios deberán comprobar su calidad de titulares del porcentaje de capital señalado en el inciso anterior; indicar, con precisión, las violaciones o incumplimiento de la Ley, sus reglamentos o el estatuto de la compañía que motiven el pedido y expresar las razones por las que tales hechos les ocasionan o pueden ocasionarles perjuicio;

2. Si se comprobare, ante denuncia de parte interesada o de oficio, que en la contabilidad de la compañía se han ocultado activos o pasivos o se ha incurrido en falsedades u otras irregularidades graves, y que estos hechos pudieren generar perjuicios para los socios, accionistas o terceros.

En la denuncia deberá determinarse con precisión las falsedades o irregularidades de la contabilidad, así como los perjuicios que se hubieren causado o pudieren causarse;

3. Si requerida la compañía por la Superintendencia para presentar el balance general anual y el estado de pérdidas y ganancias o documentos y comprobantes necesarios para determinar la situación financiera de la compañía, no lo hiciere, y hubiere motivos para temer que con su renuencia trate de encubrir una situación económica o financiera que implique graves riesgos para sus accionistas, socios o terceros;

4. Si una compañía recurriere a cualquier forma de invitación pública para obtener dinero de terceros a base de planes, sorteos, promesas u ofertas generales de venta, entrega o construcción de bienes muebles o inmuebles, o suministro de préstamos, cuando no hubiere garantías suficientes para respaldar los dineros recibidos y tal situación implicare graves riesgos para terceros, o cuando efectuaren una oferta pública de valores, sin cumplir con los requisitos señalados en la Ley de Mercado de Valores; y,

5. Cuando la compañía se encontrare en cualquiera de los casos referidos en los artículos 325 o 432 inciso cuarto, de esta Ley.

6. Cuando se hubieren incumplido por dos o más años seguidos las obligaciones constantes en el artículo 131 y en los dos últimos incisos del artículo 263 de esta Ley.”

La intervención es una actuación de control ordenada por la entidad de control, es de carácter societario, no se incluye dentro de otros ámbitos de control, cuyas leyes específicas se refieren solo al procedimiento administrativo de sanción.

## **2.2 Disolución, extinción y clausura de una persona Jurídica.**

Las empresas por su naturaleza tienen un rol importante en las actividades mercantiles y económicas de nuestro país, por lo cual es un agente principal en el cual giran otros agentes económicos como (acreedores, trabajadores, consumidores, proveedores etc.).

De tal forma que la desaparición de una empresa como persona jurídica afecta a un sin número de agentes económicos vinculados a ella, que mantengan relaciones directas y permanentes, por lo cual vamos a estudiar el proceso de disolución, extinción y clausura para poner fin a una persona jurídica desde nuestro Código Integral Penal.

En nuestro país, el proceso por el cual se extingue una empresa de acuerdo a nuestra Ley de Compañías, es la Disolución y la Liquidación.

#### **a) Disolución**

La disolución de una sociedad es la desaparición jurídica, pero no se paraliza y ni pone fin a sus actividades, es el acto por el cual se dispone suspender la continuación de la empresa para poner fin a la existencia de la misma, previa liquidación del patrimonio, de acuerdo a la normativa establecida a fin de proteger los intereses de acreedores y de terceros.

“La persona jurídica no muere en el instante en que interviene la causa extintiva, sino que si se permite una imagen funeraria entra en agonía. Su vitalidad queda limitada, debilitada, especializada, en el sentido de que, abandonado el objeto de vida, ahora persigue su objetivo de muerte, piensa en liquidarse, en arreglar sus propios asuntos y en preparar su definitivo traspaso. El fin se modifica el originario es sustituido por el fin de liquidación”. (Ferrara, 1956, p.676)

La disolución de las sociedades mercantiles y civiles, a diferencia de su constitución no solamente opera por propia voluntad de los socios sino incluso por disposición legal, las mismas que se establecen en la Ley de Compañías como causas de disolución en el Art. 361.

“Art. 361.- Las compañías se disuelven:

1. Por vencimiento del plazo de duración fijado en el contrato social;
2. Por traslado del domicilio principal a país extranjero;
3. Por auto de quiebra de la compañía, legalmente ejecutoriado;
4. Por acuerdo de los socios, tomado de conformidad con la Ley y el contrato social;
5. Por conclusión de las actividades para las cuales se formaron o por imposibilidad manifiesta de cumplir el fin social;
6. Por pérdidas del cincuenta por ciento o más del capital social o, cuando se trate de compañías de responsabilidad limitada, anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, por pérdida del total de las reservas y de la mitad o más del capital;
7. Por fusión a la que se refieren los artículos 337 y siguientes;
8. Por reducción del número de socios o accionistas del mínimo legal establecido, siempre que no se incorpore otro socio a formar parte de la compañía en el plazo de seis meses, a partir de cuyo vencimiento, si no se hubiere cubierto el mínimo legal, el socio o accionista que quedare empezará a ser solidariamente responsable por las obligaciones sociales contraídas desde entonces, hasta la publicación de la correspondiente declaratoria de disolución;
9. Por incumplimiento, durante cinco años, de lo dispuesto por el artículo 20 de esta Ley;
10. Por no elevar el capital social a los mínimos establecidos en la Ley;
11. Por inobservancia o violación de la Ley, de sus reglamentos o de los estatutos de la compañía, que atenten contra su normal funcionamiento o causen graves perjuicios a los intereses de los socios, accionistas o terceros;

12. Por obstaculizar o dificultar la labor de control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías y Valores o por incumplimiento de las resoluciones que ella expida; y,

13. Por cualquier otra causa determinada en la Ley o en el contrato social". (Ley de Compañías, 2014)

La extinción de la sociedad y sobrevivencia de la personalidad jurídica, es una de las teorías que afirman los tratadistas, ya que se extingue la sociedad pero permanece el patrimonio, de acuerdo a nuestro análisis no existe modificación ni en el vínculo ni en la relación societaria, cuando una empresa haya incurrido dentro de una de las causales de disolución señaladas en nuestra ley.

### **a.1) Liquidación**

La liquidación es el proceso que se inicia una vez disuelta la sociedad, y no supone cambio de personalidad jurídica, pues la misma se mantiene solo para fines de liquidación hasta su inscripción y extinción.

Según el tratadista Caballero Bustamante

"La liquidación comprende pues el conjunto de actos por el cual se realiza el patrimonio social y se procede a cancelar los pasivos de la sociedad que ha incurrido en una causal de disolución, antes de proceder a la entrega del haber social de los socios. Desde que se produce la declaratoria de disolución cesa la representación de los representantes asumiendo el liquidador las funciones que le corresponden en la ley y en el estatuto" (Bustamante, 2015)

"Art. 377.- Disuelta la compañía se pondrá en liquidación, excepto en los casos de fusión y escisión.

El proceso de liquidación de una compañía se inicia con la inscripción de los siguientes instrumentos:

- a) De la resolución que ordena la liquidación, en los casos de disolución de pleno derecho;
- b) De la resolución que declara la disolución y ordena la liquidación,

cuando es dictada por el Superintendente de Compañías y Valores; y,  
c) De la escritura de disolución y liquidación voluntaria y la respectiva resolución aprobatoria.”

#### **b) Extinción de una sociedad**

La extinción es poner fin al contrato social y a la persona jurídica, luego de notificada la causal de disolución y de haber procedido con la liquidación de una sociedad, lo que involucra la desaparición legal de la sociedad, la misma que se inscribe en el registro mercantil, con un informe del liquidador indicando la forma de división del haber social, por lo cual existe una diferencia entre la disolución y extinción de las sociedades mercantiles y civiles. Nuestra ley de compañías establece la extinción o cancelación en nuestra ley de compañías.

“Art. 404.- Concluido el proceso de liquidación, en cualquiera de las formas previstas en los artículos anteriores, a pedido de liquidador, el Superintendente de Compañías y Valores dictará una resolución ordenando la cancelación de la inscripción de la compañía en el Registro Mercantil”.

#### **c) Clausura de una sociedad (Persona Jurídica)**

En Nuestro Código Integral Penal no se realizó una diferenciación o unificación de los procedimientos establecido en el ámbito societario, sobre la disolución y extinción de una empresa y menos aun cuando se ha establecido en nuestro Código Integral penal la Clausura provisional y definitiva que sin duda alguna, es uno de los temas más preocupantes, ya que se establece como medidas cautelares en nuestro Art. 550 antes estudiado la clausura provisional de locales o establecimientos y suspensión temporal de las actividades de las personas jurídicas, por lo cual entendemos que se está hablando de la disolución de la persona jurídica, siendo esta una de las más graves penas establecidas en nuestro Código Integral Penal, al no hacer una diferenciación y unificación de los términos, estamos conduciendo al error de nuestros jueces penales al establecer una medida cautelar o una pena, ya que

si hablamos de suspensión temporal estamos hablando acaso de disolución de acuerdo a lo establecido en nuestra ley de compañías, al suspender las actividades de las personas jurídicas, y acaso la medida cautelar puede llegar hacer más letal que una misma pena establecidas en nuestro código Orgánico Integral Penal.

Por lo cual nuestras Penas y medidas cautelares serian desproporcionales al cometimiento de una conducta delictiva por parte de la persona jurídica. Un ejemplo es en el caso de defraudación tributaria establecido en el Art. 298 de nuestro Código Integral Penal, en el cual las personas jurídicas, serán sancionadas con una pena de extinción de la persona jurídica y multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general. Al Hablar de extinción de la persona jurídica como lo estudiamos anteriormente es la muerte legal de la persona jurídica, esta pena no realiza una diferenciación de acuerdo al acto delictivo, el legislador no ha realizado una proporcionalidad de la penal.

### **3. CONCLUSIONES**

En la actualidad el mundo de los negocios ha incrementado la delincuencia empresarial, es decir la existencia de cualquier tipo de organización genera por si sola factores criminológicos.

“La presión que se ejerce sobre directivos y trabajadores para alcanzar los objetivos marcados por la dirección financiera de la empresa provoca que a menudo tales directivos y empleados consideren que deben saltarse la legalidad si pretenden alcanzar los objetivos fijados: ocultación en errores de producción, pago para colocar un producto en detrimento de la competencia” (Altozano, 2012, p. 2)

Estos hechos pueden saltar la legalidad pueden ser alentados por los socios/accionistas o administradores de las empresas, para que se entienda por la generalidad de los empleados como un hecho normal, necesario para el cometimiento de los fines económicos de la empresa.

La prevención de comportamientos delictivos por los socios o accionistas: Para los socios o accionistas de una empresa no hay nada como la amenaza de sanción directa a la persona jurídica, ya que siempre van a tener incidencia en el resultado económico, social y laboral, por lo cual para que los socios/accionistas, altos directivos tengan conciencia que deben adoptar políticas de buen gobierno corporativo, deben adoptar medidas de management necesarias para cumplir los objetivos legales. Lo que se busca es que la empresa se autorregule, que tenga instrumentos de prevención de delitos tanto para empleados como para los altos directivos.

Necesidad de incrementar la eficacia del proceso penal: La amenaza de sanción a la persona jurídica incentiva la prevención de la comisión de delitos por la empresa, además una vez cometido el delito facilita la investigación y castigo a la empresa, y a la persona natural causante del hecho delictivo, por lo cual la persona jurídica siempre responderá penalmente aunque no se haya podido identificar a la persona natural autora del hecho delictivo.

Ahora bien, frente a la imputación o responsabilidad penal de los miembros de la persona jurídica, se nos presenta una problemática, la aplicación del análisis y ponderación de la acción individual per se.

Dentro de esta última premisa sobre la responsabilidad de los miembros de la empresa, se deberá a su grado de participación en la decisión previamente acordada, por los directores de la empresa.

Según Tiedemann, es menester formularse nuevos conceptos de acción y culpabilidad en razón “del defecto de organización de la empresa o culpabilidad organizacional.” (Tiedemann, 2010, p. 115).

Esto quiere decir que frente a una conducta delictiva, será imputado a la personas jurídica por su falta de organización para prevenir el delito, sin embargo esto no implica que se dejará de imputar a la persona física por si conducta ilícita.

Actualmente el Código Orgánico Integral de Garantías Penales, al normar de modo expreso la temática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la reduce solamente al caso de las que se rigen por el Derecho Privado, en este sentido me permito transcribir el Art. 49, en relación a la responsabilidad de los entes ficticios:

“Art. 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas...”

Así las personas jurídicas de Derecho privado sin fines de lucro (fundaciones o corporaciones), como la personas jurídicas de Derecho Privado con fines de lucro (compañías o sociedades civiles), pueden ser responsables por cualquier delito que se encuentre tipificado en el Código, siempre que se cumplan las siguientes circunstancias:

- Que se encuentren regularizadas bajo las normas del Derecho Privado,
- Al ser de Derecho Privado se haya constituido conforme a la ley de compañías o al código civil en el caso de sociedades civiles.
- Que el delito que se cometa sea uno de los tipificados en el Código Orgánico Integral Penal.
- Que el delito cometido tenga la finalidad de generar beneficio propio a la persona jurídica o a sus miembros.

- Que el delito provenga de la acción u omisión de cualquiera de los agentes enunciados en la norma, los cuales serán personas naturales.

“Nuestra norma estipula ya con total claridad el principio de la (Responsabilidad Dual), que quiere decir que en todas las circunstancias descritas, la responsabilidad penal que, en inicio, recaería sobre una persona natural perfectamente individualizada, se aplicará también la pena correspondiente a las personas jurídicas de Derecho Privado, siempre y cuando se determine que de la conducta del individuo, se deriva un beneficio de la empresa o de sus socios”. (Araujo Paulina, 2014, p. 76)

“El artículo 71 del Código Orgánico Integral penal es el que establece el catálogo específico de las penas aplicables a las personas jurídicas, aunque las varias tipologías que expresamente estipulan la responsabilidad penal empresarial junto a la individual, no se han construido en base a una adecuada proporcionalidad y sobre todo, no han considerado a todas y cada una de las sanciones que el propio código enumera, en especial aquellas que podrían considerarse como menos graves, por ejemplo realizar actividades en beneficio de la comunidad.” (Araujo, 2014, p. 88)

Si bien es cierto que se enumeran en el Código Orgánico Integral penal, los tipos penales, básicamente se reducen a imponer a las personas jurídicas multas, clausuras temporales o definitivas y solo en el caso de los delitos contra el medio ambiente, a ordenar la reparación integral del daño causado.

Eso nos podría enfrentar a un problema tal, que serán las autoridades que juzguen un hecho las que, a más de las penas propias de la tipología, puedan optar por acceso a las demás contenidas en el citado art. 71 del COIP, lo cual se alejaría del sentido de legalidad que rige nuestro sistema punitivo, el cual establece que a cada delito le corresponde la pena expresamente estipulada y no otra.

#### 4. REFERENCIAS

- Afatalion E. (1955). Acerca De La Responsabilidad De Las Personas Jurídicas, En Derecho Penal Administrativo, Arayú, Buenos Aires.
- Altozano M. (2012). Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas: Societas Delinquere Et Puniri Potest. España.
- Araujo G. (2014). La Nueva Teoría Del Delito Económico Y Empresarial: Quito. Corporación de estudios y publicaciones.
- Bacigalupo E. (2004). La Responsabilidad Penal y sancionatoria de las personas jurídicas en el Derecho Europeo: Buenos Aires. 1era Ed. Editorial Hammurabi.
- Cerezo Mir. J. (1975) Limites Entre El Derecho Penal Y El Derecho Administrativo, Anuario De Derecho Penal Y Cienas Penales.
- Cesano J. (1995). La Multa Como Sanción Del Derecho Penal Común, Córdoba.
- Cesano J.(2006) Estudios Sobre La Responsabilidad Penal De La Persona Jurídica, Buenos Aires.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Suplemento Del Registro Oficial 180, 10-li-2014
- Constitución de la República del Ecuador, (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- Ferrara F. (1956). Le persone giuridiche, Torino. 2da Ed.
- García C. (2007). Derecho Penal Económico, Parte General Tomo 1: Perú. Alianza Editorial.
- Gracia M. (1996). La Cuestión De La Responsabilidad Penal De Las Propias Personas Jurídicas, Barcelona.
- Ley De Compañías y Valores, (2014), Reformada. Ley de Compañías y demás normas donde conste la frase "Superintendente de Compañías" dirá "Superintendente de Compañías y Valores", y en todas aquellas en las que conste "Superintendencia de Compañías" dirá "Superintendencia de Compañías y Valores". Dado por Disposición décima primera y

décima segunda del Art. 144 de la Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 249 de 20 de Mayo del 2014.

Malumad Goti J. (1981). Persona Jurídica y Penalidad, Depalema, Buenos Aires.

Maurach R. (1995) Derecho Penal. Parte General, Austrea, Buenos Aires.

Miro L. (2013). La Teoría Del Delito En Relación Al Derecho Penal Económico, laeu.

Mogro S. (2011). Hacia La Necesidad De Implantación Del Plan De Prevención Jurídica De Las Empresas, Diario La Ley, Madrid. Diario la Ley.

Muñoz Conde F. (1993). Derecho Penal. Parte General, Valencia.

Nieto M. (2008). La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas: Esquema de un modelo de Responsabilidad Penal, Madrid. Serrano Piedecosas.

Schunemann B (1995). La Punibilidad De Las Personas Jurídicas Desde La Perspectiva Europea, Madrid.

Tiedemann K. (1993). Directivas De Determinación De Penas Para Organizaciones. Italia. Revista Italiana de Diritto e Procedura Penale.

Tiedemann K. (1993). Lecciones De Derecho Penal Económico. Madrid. Ediciones de la Universidad Castilla – La Mancha.

Zaffaroni E. (1980). Derecho Penal General, Buenos Aires.

Zugaldia E. (2008). La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas: Esquema de un modelo De Responsabilidad Penal. Valencia. laeu.